

حماية الاستثمار الأجنبي على ضوء القرار التحكيمي المؤسسي الصادر
بين الجزائر و المجمع الايطالي ليزي- ديبنتا (LESI-DIPENTA)

Protect foreign investment in light
The institutional arbitration decision issued between
Algeria and the Italian complex Lesi-Dipenta.



ولدالعايب فريد¹

¹ كلية الحقوق ، جامعة باجي مختار عنابة

faridbenahmed4@gmail.com



تاريخ الإرسال: 2020/01/16 تاريخ القبول: 2021/02 /09 تاريخ النشر: 2021/05 /28

ملخص:

إن الالتزام بحماية الاستثمار الأجنبي من طرف الدولة المضيفة لا يعد إلزاما مطلقا بل هو إلزام محدد وفقا لشروط و قواعد ، و التي غالبا ما يتم تحديدها في بنود الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بتشجيع و حماية الاستثمارات الأجنبية ، هذه الأخيرة التي لا ينبغي تفسيرها تفسيراً واسعاً لأن ذلك من شأنه أن يثقل عبء المسؤولية على عاتق الدولة المضيفة فقط و على نحو غير عادل، لذلك يتطلب الأمر التحقق قبل ذلك في تصرفاتها و سلوكها و نيتها اتجاه المستثمر قبل قيام مسؤوليتها بعدم توفير الحماية . أهمية هذا القرار التحكيمي الصادر عن المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار و الذي هو موضوع تعليقنا تكمن في تعلقه بالجزائر، و كذلك لإبرازه و توضيحه قواعد و شروط قيام مسؤولية الدولة المضيفة بعدم ضمان الحماية للمستثمر الاجنبي، كما أنه يوضح لنا أيضا مستويات الحماية القانونية المختلفة الذي يحظى بها المستثمر الأجنبي في الدولة المضيفة في الظروف المختلفة ، كمستوى الحماية في الظروف العادية ومستوى الحماية في الظروف الاستثنائية .

كلمات مفتاحية: الاستثمار الأجنبي، الاستثمار الدولي، حماية الاستثمار.

Abstract :

The obligation to protect foreign investment on the part of the host country is not an absolute obligation, but rather a specific obligation according to terms and conditions, which are often specified in the articles of bilateral agreements related to the promotion and protection of foreign investments, the latter which should not be interpreted broadly because This would burden the burden of responsibility on the host country only and unfairly, so it is necessary to verify before that in its actions, behavior and intention towards the investor before its responsibility not to provide protection. The importance of this arbitration decision issued by the International Center for Settlement of Investment-Related Disputes, which is the subject of our comment, lies in its relevance to Algeria, as well as for its highlighting and clarification of the rules and conditions for the host country's responsibility not to guarantee protection for the foreign investor, and it also shows us the different levels of legal protection that it enjoys The foreign investor in the host country under different circumstances, such as the level of protection in normal circumstances and the level of protection in exceptional circumstances..

Key words: foreign investment, international investment, investment protection

مقدمة :

إن حماية الاستثمار الأجنبي يقصد به مجموع القواعد والمبادئ الموجهة للحد من تدخلات الدولة المضيفة في تواجد الاستثمار الأجنبي وتماسكه (1) حيث أن مسألة وجود حق للدولة المستوردة لرؤوس الأموال في التأميم ونزع ملكية مستثمري الدول الأخرى، ومسألة إجراءات وقواعد ممارسة هذا الحق لا تزال من المواضيع الأكثر اثاره للجدل في القانون الدولي (2) وذلك بسبب رفض العديد من الدول تطبيق المبادئ التقليدية العرفية في هذا الموضوع كالدول الاشتراكية سابقا (3)، والدول النامية منذ بداية الستينات ، الشيء الذي دفع بالقضاء الدولي إلى تأكيد مبدأ السيادة الدائمة للدول على مواردها الطبيعية، وأضعف من مبدأ الحقوق المكتسبة وحق الملكية الخاصة، حيث تمكنت هذه الدول في فترة الستينات من الوصول إلى القمة في تأكيد مطالبها وذلك باتخاذ جمعية الأمم قرارات مهمة على الصعيدين السياسي والقانوني، لكن ومع مرور الوقت وتطور المجتمع الدولي وإفلاس الأيديولوجية الاشتراكية أدى بالدول النامية إلى التنازل عن تمسكها المفرد بمبدأ السيادة في اتفاقياتها الثنائية مع الدول المصنعة، بغية جلب رؤوس الأموال الأجنبية وتحقيق التنمية في بلدانهم.

هذه الاتفاقيات الثنائية التي جاءت لحماية وتشجيع الاستثمارات أرست نظاما جديدا لمسؤولية الدولة المضيفة بحماية وتأمين الاستثمارات الأجنبية، و أعطت ضمانات كبيرة للمستثمرين على حساب مبدأ سيادتها، وللتعرف على طبيعة هذه المسؤولية ارتأينا أن نأخذ مثلا من الاجتهاد القضائي لتحكيم المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات (CIRDI) في قضية كانت الجزائر طرفا فيها، وهي القضية التي تدور وقائعها بين الدولة الجزائرية ممثلة في وزير الموارد المائية عن طريق الوكالة الوطنية للسود (ANB) والمجمع الايطالي (LESI-DIPENTA) (4) وهما شركتتين إيطاليتين بمقر عمل في إيطاليا.

حيث بدأت وقائع القضية مع إعلان الوكالة الوطنية للسدود (ANB) (5) بتاريخ 14 سبتمبر 1992 عن مناقصة دولية لإنجاز سد كدية أسردون بولاية البويرة، وذلك من أجل تموين مدينة الجزائر العاصمة بماء الشرب، هذا المشروع الذي وافق على تمويله البنك الإفريقي عن طريق قرض.

و حيث أنه بتاريخ 24 نوفمبر 1992 وقعت كل من الشركتين الإيطاليتين ليزي وديبنتا (LESI-DIPENTA) اتفاق لإنشاء المجمع من أجل إنجاز المشروع.

وبتاريخ 20 ديسمبر 1992 وقعنا كل من الوكالة الوطنية للسدود والمجمع الإيطالي عقد بإنجاز مشروع السد وفقا للمناقصة المعلن عنها و وفقا لدقتر الشروط الخاص، وبمبلغ 599.948.514 دج وفي مدة 50 شهرا، لكن في الفترة الممتدة بين ديسمبر 1993 و أبريل 1996 عرفت انطلاقة المشروع عدة مشاكل متعلقة بالأمن بسبب الاضطرابات السياسية والأمنية التي شهدتها الجزائر في تلك الفترة خاصة في المناطق الجبلية والمعزولة.

حيث اتخذت الدولة الجزائرية في تلك الفترة عدة إجراءات من أجل توفير الأمن للمشروع، كتوظيف 26 حارس من حرس الدفاع الذاتي ووضعت الحواجز الأمنية وعبدت بعض الطرقات المؤدية لمكان المشروع قصد فك العزلة عن منطقة المشروع، غير أن المجمع رفض البدء في المشروع بالرغم من إتخاذ هذه الإجراءات واعتبرها غير كافية، ورفض نقل معداته اللازمة لإنجاز المشروع من إيطاليا إلى الجزائر قبل حصوله على ضمانات أمنية كافية.

غير أنه و في الفترة الممتدة ما بين 1996 إلى نوفمبر 1997 بدأ المجمع ببعض الأشغال للبداية في المشروع، لكن وبسبب تدهور الظروف الأمنية المحيطة بالمشروع قررت الوكالة (ANB) التخلي عن طريقة إستعمال المتفجرات لإنجاز المشروع بسبب الهواجس والتخوفات الأمنية واستبدالها

بطريقة بديلة عن إستعمال المتفجرات وهي طريقة إستعمال الاسمنت المسلح مباشرة.

إلا أنه و في الفترة الممتدة ما بين نوفمبر 1997 وإلى غاية 27 جوان 2001 توقفت الأشغال ولم تعد أبدا بسبب رفض البنك الإفريقي تعديل طريقة إنجاز المشروع، حيث إعتبره تعديلا جوهريا للمشروع على المستويين التقني والمالي وبالتالي يستدعي مناقصة جديدة، وأمام شروط البنك الإفريقي لإنجاز المشروع، إقترح المجمع الايطالي على الوكالة بنكا بديلا عن البنك الإفريقي وهو بنك (MCC) الايطالي لتمويل المشروع، لكن وزارة المالية رفضته بعد دراسته بسبب عدم مرونته وسهولة شروط القرض الإفريقي بالمقارنة بالقرض المقترح من البنك الايطالي.

وبتاريخ 15 أوت 2000 أعلنت الحكومة الجزائرية عن مناقصة جديدة لانجاز المشروع وفقا للطريقة الجديدة التي تستغني عن إستعمال المتفجرات وأبلغت المجمع الايطالي بتاريخ 14 أبريل 2001 بفسخ العقد وبررته بأسباب خارجة عن إرادتها، وأخرى تعود لشروط البنك الإفريقي باعتباره ممول المشروع، وعن إستعدادها لتعويض المجمع عن الخسائر التي لحقت به جراء هذا الفسخ.

بعد قرار فسخ العقد بالإرادة المنفردة للدولة الجزائرية عقدت عدة اجتماعات بين الوكالة والمجمع من أجل تحديد مبلغ التعويض لكن الطرفين لم يتفقا بسبب رفض المجمع تقديم سجلات محاسبة الشركتين للوكالة، هذه الأخيرة التي إعتبرت الوثائق المحاسبية أساس حساب وتقدير التعويض بشكل موضوعي ووفقا لنص المادة 566 من القانون المدني الجزائري، وأمام هذا الاختلاف لجأ المجمع إلى المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات (CIRDI) بتاريخ 03 فيفري 2003 وأودع عريضة للتحكيم بينها وبين الدولة الجزائرية.

و من خلال وقائع القضية المذكورة تبين للمحكمة و لنا أنها تثير عدة إشكاليات
قانونية يمكن إيجازها في التساؤلات القانونية المهمة التالية:

1- ما هي شروط قيام مسؤولية الدولة الجزائرية بموجب الاتفاقية الثنائية
الجزائرية الايطالية لحماية وتشجيع الاستثمارات الأجنبية أو بعبارة أخرى هل
تنسب التصرفات المضرة بالمستثمر الايطالي إلى الدولة الجزائرية؟

2- متى يعتبر فسخ الدولة للصفقة المبرمة مع المجمع الايطالي بإرادة منفردة
بمثابة نزاعاً لملكيته دون تعويض؟

3- هل يعد تصرف الدولة بشفافية وبحسن نية اتجاه المستثمر كاف لاعتبار
معاملتها معاملة عادلة ومنصفة؟

4- وهل إتخاذ الدولة الجزائرية التدابير الأمنية اللازمة والضرورية كاف
لاعتبارها مستوفية لالتزامها الاتفاقي بحماية وتأمين المستثمر الأجنبي أم أن
مسئوليتها تبقى قائمة عن كل ما يحدث للمستثمر الأجنبي من أضرار؟

وكسؤال جامع لهذه التساؤلات التفصيلية: - هل يعد تصرف الدولة الجزائرية
بفسخ العقد بإرادة منفردة وبدون تعويض و قيامها ببعض التصرفات الأخرى
إخلالاً بالاتفاقية الثنائية الجزائرية الايطالية المتعلقة بحماية الاستثمار الأجنبي،
ومن شأنه أن يقيم مسؤوليتها القانونية إتجاه المستثمر؟.

وللإجابة على هذه التساؤلات خصصنا مبحثين:

المبحث الأول خصصناه لدراسة مدى مسؤولية الدولة المضيفة عن نزاع
الملكية من دون تعويض.

أما المبحث الثاني فخصصناه لدراسة مدى توفير الدولة الجزائرية معاملة عادلة ومنصفة وأمن للمستثمر طبقا للاتفاقية الثنائية.

المبحث الأول: مسؤولية الدولة الجزائرية عن نزع الملكية دون تعويض:

حيث نتناول في هذا المبحث شروط قيام مسؤولية الدولة الجزائرية عن تصرفات الوكالة الوطنية للسود و نخصص لذلك مطلبين ، المطلب الأول لمعرفة مدى نسبة تصرفات الوكالة الى الدولة.

أما المطلب الثاني فنخصصه لمعرفة شروط تحقق مسؤولية الدولة الجزائرية جراء فسخها للصفقة مع المجمع الايطالي وعدم تعويضها له، و ومدى اعتبار هذا الفسخ نزعا للملكية دون تعويض وفقا أحكام الاتفاقية الثنائية السالف ذكرها.

المطلب الأول: مسؤولية الدولة الجزائرية عن تصرفات الوكالة الوطنية للسود:

فالإشكالية اذن تكمن في مدى إعتبار تصرفات الوكالة منشأة لمسؤولية الدولة الجزائرية أو سببا في قيامها، حيث يعتبر المدعي(المجمع الايطالي) أن الدولة الجزائرية قامت بتصرفات غير مشروعة طبقا للاتفاقية الثنائية، في حين أن المدعي عليه (الدولة الجزائرية) يرى أنه لم يقم بأي عمل غير مشروع يخالف الاتفاقية الثنائية، ولمعرفة مدى نسبة تصرفات الوكالة إلى الدولة الجزائرية، ينبغي قبل ذلك الاطلاع على الأسس القانونية والقضائية التي استندت إليها المحكمة.

الفرع الأول: الأسس القانونية:

معاهدة واشنطن المنشئة لتحكيم المركز الدولي للنزاعات المتعلقة بالاستثمار و الاتفاقية الثنائية الجزائرية الايطالية حول حماية الاستثمار لم تحدد شروط قيام مسؤولية الدولة عن نشاطات و تصرفات الأشخاص المعنوية العامة المتواجدة في اقليمها.

لكن المادة 1/42 من معاهدة واشنطن ونصوص لجنة القانون الدولي العام للأمم المتحدة حول مسؤولية الدولة عن الأفعال الغير المشروعة دوليا، والملحقة بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 83/56 والمؤرخة في 12 ديسمبر 2000 (6) ترسخ و تؤكد قواعد ومبادئ القانون الدولي العرفي في موضوع مسؤولية الدول، وهو ما تؤكد أيضا سوابق القضاء التحكيمي حسب موقف المحكمة.

حيث جاء في نص المادة 04 من نصوص لجنة القانون الدولي العام (CDI): " أن كل تصرف يصدر عن أجهزة الدولة يعتبر صادر عن الدولة حسب القانون الدولي، سواء أكان الجهاز يمارس وظائف تشريعية، تنفيذية، قضائية أو وظائف أخرى، ومهما كانت طبيعتها باعتبارها جهاز يتبع للحكومة المركزية أو الجماعات المحلية للدولة فالجهاز يقصد به كل شخص أو هيئة تتمتع بهذه الصفة حسب القانون الداخلي للدولة"، كما نصت المادة 5 منه على: " أن كل تصرف صادر من شخص أو هيئة لا يعد من أجهزة الدولة بمفهوم المادة الرابعة، لكنه مخول من قبل الدولة بممارسة إمتيازات السلطة العامة ويكون قد مارس هذا الشخص أو هذا الكيان تصرف بهذه الصفة يعد فعلا صادرا من الدولة حسب القانون الدولي"، وعلى هذا الأساس إعتبرت المحكمة أن الوكالة الوطنية للسود ليست جهازا مباشرا للدولة بمفهوم المادة 04 من نصوص لجنة القانون الدولي حول المسؤولية الدولية، لكن يمكن اعتبارها مسؤولة بمفهوم المادة 05 منه لاستعمالها إمتيازات السلطة العامة، لهذا السبب كان لزاما على المحكمة التحقق من مدى ممارسة الوكالة لإمتيازات السلطة العامة ومن إعتبار تصرفاتها

وأفعالها تدخل ضمن ممارسة إمتيازات السلطة العامة لقيام مسؤولية الدولة الجزائرية .

و للتحقق من ذلك رجعت المحكمة إلى معايير وأسس قضائية سنورها فيما يلي.

الفرع الثاني: الأسس والمعايير القضائية:

تستند المحكمة والاجتهاد القضائي بشكل عام إلى معيارين أو أساسيين لتحديد مسؤولية الدولة، ونسبة الأفعال والتصرفات إلى الدولة، وهما المعيار العضوي والمعيار الوظيفي.

أولاً: حسب المعيار العضوي: ترى المحكمة أن القضاء يقبل بقيام مسؤولية الدولة في العقود المبرمة من الشركات العمومية والتي تتمتع بالشخصية المعنوية المستقلة عندما يغلب عليها تأثير الدولة، و هو ما أكده قرار المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار في الاختصاص بتاريخ 25 جانفي 2000، بين إميليو أوقستين مافيزيني (Emilio augustin Maffezzini) ضد مملكة إسبانيا(7)، وقرار آخر في الاختصاص بتاريخ 16 جويلية 2001 بين مجمع (RFCC) ضد مملكة المغرب(8).

وانطلاقاً من المعيار العضوي وبالرجوع إلى المرسوم المنشأ للوكالة الوطنية للسود رقم 85-163 المؤرخ في 11 جوان 1985، فقد عرفت الوكالة في مادته الأولى على أنها "هيئة عمومية ذات طابع إداري تتولى مهام تقنية وتتمتع بالشخصية القانونية وتوضع تحت وصاية الوزارة المكلفة بالموارد المائية"

ويتمثل عملها في تنفيذ الخطط والبرامج المسطرة في مجال رصد الموارد المائية السطحية وتحويلها، المادة (04) من المرسوم السالف الذكر.

كما نصت المادة (06) من نفس المرسوم على أن أعمال الوكالة تعد أعمال تدخل في اطار الصالح العام.

كما نصت المادة (08) من نفس المرسوم على أن للوكالة الحق في ممارسة إمتيازات السلطة العامة وأن تتحمل مسؤولياتها باعتبارها مقول.

ومن خلال هذه النصوص السالفة الذكر تبين للمحكمة أن للوكالة شخصية قانونية مستقلة وتتمتع بامتيازات السلطة العامة في نفس الوقت ، ولها مسؤوليات المقاول مثلها مثل الخواص في القانون المدني، وعليه فالمحكمة توصلت الى أن المعيار العضوي وحده غير كاف لقيام مسؤولية الدولة لاختلاط دور الوكالة ومهامها، فتارة تتعامل بصفقتها سلطة عامة تتمتع بامتيازات السلطة العامة وتارة كمقاول طبقا للقانون المدني، لهذا ارتأت المحكمة ضرورة إعمال المعيار الوظيفي لتكثيف تصرفات الوكالة مع المجمع الايطالي وتعاملها معه و تحديده ان كان بصفقتها سلطة عامة أم بصفقتها مجرد مقاول عادي.

ثانيا: حسب المعيار الوظيفي: تتمتع الوكالة حسب نصوص المرسوم السالف الذكر بامتيازات السلطة العامة، لكن ليس في جميع الحالات كانت تصرفاتها تدخل في إطار تحقيق المصلحة العامة أو بصفقتها سلطة عامة، لهذا السبب قامت المحكمة بدراسة تصرفات الوكالة والتحقق منها لمعرفة إن كانت تصرفت بصفقتها سلطة عامة أم بصفقتها مقاول خاص في علاقتها مع المجمع، وللإجابة على ذلك رجعت المحكمة إلى اجراء فسخ العقد بين الوكالة والمجمع الايطالي الذي أخذ شكل القرار الإداري الإنفرادي من طرف الوكالة بتاريخ 27 جوان 2001، هذا القرار الإداري الذي كان يحمل الدمغة الرسمية أو عبارة الجمهورية الديمقراطية الشعبية الجزائرية ووزارة الموارد المائية، وغيرها من

الشكليات والتصرفات الأخرى كإصدار الوكالة لقرار تغيير طريقة إنجاز المشروع بطريقة إنفرادية، وقرار الوكالة برفض إقتراح التمويل البنكي الايطالي، وقرار الإعلان عن مناقصة جديدة لانجاز المشروع.... إلخ و الذي يدل بوضوح على أن الوكالة تصرفت بصفتها سلطة عامة وليس كمجرد مقاول، وعليه إتضح وتبين للمحكمة من خلال ما سبق أن تصرفات الوكالة تنسب للدولة الجزائرية لكن نسبة التصرفات اليها لايعد كافيا لوحده لقيام مسؤولية الدولة الجزائرية، لهذا كان لزاما على المحكمة التحقق من عدم مشروعية التصرف بعد تأكدها من نسبة تصرفات الوكالة للدولة الجزائرية .

المطلب الثاني: من حيث نزع الملكية دون تعويض:

عدم دقة القانون العرفي وعدم كفايته في تحديد مفهوم التأميم ونزع الملكية والإجراءات المماثلة لهما، دفع بالدول لتحديده وتحديد شروطه وآثاره ونظامه القانوني بموجب الاتفاقيات الثنائية، هذه الأخيرة التي تستعمل عبارات مختلفة كالتأميم Nationalisation ونزع الملكية Expropriation ونزع الحيازة Dépossession والحجز Séquestre ونادرا ما تستعمل عبارة مصادرة confiscation ونزع الحيازة للنفع العام Réquisition، هذه العبارات تدل كلها على تدخلات الدولة الشرعية في أموال المستثمر الأجنبي، غير أن نزع الملكية يبقى أوسع مفهوما ويشمل التأميم حسب رأي بعض الفقهاء، بينما يرى فريقا آخر من الفقهاء أن التأميم ونزع الملكية مختلفين من حيث السبب والموضوع والهدف وطبيعة الإجراء المتخذ. (9)

في حين بعض الاتفاقيات الثنائية لا تفرق بين العبارات المستعملة في نصوصها، إلا أن بعضها قد ينص صراحة على أن لا يفسر نزع الملكية تفسيرا ضيقا (Stircto senso) لضمان حماية أكبر لمستثمريها.

فالإشكال في الحقيقة يظهر بحدّة عندما تصدر الدولة المضيفة مثل هذه الإجراءات والتدابير التي لا يظهر عليها أنها نزاعاً للملكية من الناحية الشكلية لكنها في الحقيقة وفعلياً تعد كذلك (Expropriation de facto) ، وتبرز الصعوبة حينئذ في التمييز بين إجراءات الدولة التي تتمتع فيها الدول بالحرية الكاملة كالسياسة الضريبية والتدابير المتعلقة بالصرف والتدابير الصحية والأمنية وتلك التي تعد غير مشروعة كنزع الملكية بصفة غير مباشرة وخفية، إلا أن الفقه وضع معيارين لتحديد وجود حالة نزع الملكية، فالأول يتعلق بالآثار (EFFETS) المترتبة عن الإجراءات، والثاني يتعلق بالهدف (LE BUT) من الإجراءات، فالتدابير التي تنتج نفس آثار و أهداف نزع الملكية تعتبر نزاعاً للملكية وتأخذ نفس الحكم وتسمى بالنزع الغير المباشرة للملكية ويترتب عليها التعويض. (10)

فمعيار الآثار المماثلة لنزع الملكية أخذت به القرارات التحكيمية في عدة قضايا غير أن معيار الهدف فقد اعتبره القضاء غير كاف كقرار المركز في القضية بين شركة DEL DESAROLLO ضد دولة كوستاريكا سنة 2000 و الذي أخذ بمعيار الآثار المترتبة على التدابير لتطبيق أحكام نزع الملكية، وهو ما أخذت به أغلب الاتفاقيات الثنائية المبرمة من طرف الجزائر كالاتفاقية الجزائرية الفرنسية في المادة 1/5 (11)، والاتفاقية الجزائرية الإيطالية حول ترقية وحماية الاستثمارات في مادتها 2/4 (12)، والاتفاقية الجزائرية الإسبانية في مادتها (1/5) (13) لتشجيع وحماية الاستثمارات.

ومن خلال ما سبق يتبين أن نزع الملكية قد يكون مباشراً وقد يكون غير مباشراً أو مقنعاً، بمعنى أن نزع الملكية يتحدد بآثاره لا بشكله، فإذا وجدت آثار نزع الملكية في الإجراء أو التدابير المتخذة من الدولة المضيفة طبقت الأحكام المتعلقة به كوجوب التعويض العادل والسريع.

لكن و بالرجوع إلى قضية الحال ينبغي تسليط الضوء على الأسس القانونية والقضائية التي إستندت إليها المحكمة في تكييف تصرفات الوكالة ومدى إعتبار ذلك نزعا للملكية.

الفرع الأول: الأسس القانونية لاعتبار تصرفات الوكالة نزعا للملكية :

في قضية الحال قامت الوكالة الوطنية للسودود بإجراء فسخ العقد المبرم مع المجمع الايطالي بموجب قرار إداري إفرادي بتاريخ 27 جوان 2001 و الذي أعتبره المجمع بمثابة نزعا لملكيته يستوجب التعويض، هذا الاجراء الذي كان محل تحقيق من طرف المحكمة من أجل البحث عن مدى توافر شروط و عناصر نزع الملكية فيه، وذلك طبقا للنصوص القانونية الدولية و السوابق القضائية التي سنتناولها فيما يلي.

أولا: مفهوم نزع الملكية في منظور القانون الدولي:

فالمادة 2/4 من الاتفاقية الثنائية الجزائرية الايطالية حول ترقية وحماية الاستثمارات تنص على أنه "لا يمكن أيا من الدولتين المتعاقدين القيام بتدابير نزع الملكية ، الحجز، أو أي إجراء أخريترتب عليه نزع الملكية أو منع من الملكية، بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، المواطنين أو الاشخاص المعنويين للدولة المتعاقدة الأخرى ."

و من خلال النص السابق رأت المحكمة أن عليها البحث لمعرفة ما إذا كان قرار الوكالة بالفسخ وغيره من التصرفات التي قامت بها اتجاه المجمع بمثابة نزعا حقيقي للملكية كما نصت عليه المادة 2/4 من الاتفاقية .

و حيث رأت أيضا أن القانون الدولي لا يرى في نزع الملكية مجرد تجريد أو حجز للأموال المادية للمستثمر بل أن مفهومه أوسع من ذلك، إذ يدخل في

مفهومه كل حرمان جوهرى لحقوق المستثمر التعاقدية، وقد يكون ذلك مباشرا أو بطريقة ملتوية وهو ما أكدته العديد من القرارات القضائية التحكيمية، كالقرارين الذي سبق وأن فصل فيهما المركز (CIRDI) في قضية الشركة التركية (Bayindin Insaat Turism Vesnay A.S.C) ضد دولة باكستان، وقضية الشركة الألمانية (SIEMENS) ضد دولة الأرجنتين. (14)

وحيث رأت المحكمة أن نزع الملكية يكون غير مباشرا حين تقوم الدولة المضيفة بإتخاذ إجراءات من شأنها عدم استهداف الاستثمار مباشرة، لكن من شأنها التأثير عليه بقصد أو بدون قصد، وأن يكون أثر الإجراء الحكومي بمثابة نزعا للملكية، وذلك من وقت نقص تمتع المستثمر بحقه و/أو من التصديق عليه في هذا التمتع، وهو ما أكدته القرار التحكيمي في قضية شركة (A.Goetz) ضد دولة البوروندي. (15)، وأنه حسب المحكمة أن كل القرارات التحكيمية السابقة ترى عدم إحترام الشروط العقدية لا يعد في حد ذاته نزعا للملكية، وترفض تشبيهه أو إعتبار كل مخالفة للشروط العقدية بمثابة نزعا للملكية ، وهو ما أكدته القرار التحكيمي للمركز (Cirdi) في قضية بين شركة (West Management) ودولة المكسيك بتاريخ 30 أبريل 2004.

"It is one thing to expropriate a right under a contract and another to fail to comply with the contract non compliance by a government with contractual obligations is not the same thing as, or equivalent or tantamount to, an expropriation"(16).

كما أن المحكمة أشارت إلى أن مخالفة الشرط العقدي لوحده غير كاف لقيام اختصاص المحكمة بل على المدعي إثبات وجود مخالفة للاتفاقية الدولية الثنائية من قبل الدولة في موضوع الاستثمار، وإثبات أن الإجراء الذي اتخذته الدولة المضيفة من شأنه أن يحرم أو يمس بشكل جوهرى حق ملكية المستثمر وهو ما

أكدته القرارات التحكيمية السابقة، كقرار المركز (CIRDI) الصادر بين شركة (TECMED.C) و دولة المكسيك بتاريخ 29 ماي 2003 والذي جاء فيه أن نزع ملكية المستثمر يقصد به الحرمان الاقتصادي الكلي لاستعمال وتمتع المستثمر بحقوقه المتعلقة باستثماره، وتوقف مداخله وأرباحه.

"Radically deprived of the economical use and enjoyment of its investments, as if the rights related there's-such as the Income or benefits related to the investments had ceased to exist"

ثانيا: تطبيق الأسس القانونية لنزع الملكية في قضية الحال: بعد استطلاع و استعراض المحكمة لموقف القضاء الدولي في موضوع نزع الملكية المباشرة و الغير المباشرة قامت بتطبيقها على قضية الحال من خلال تحقيقها في مدى اعتبار فسخ الوكالة الوطنية للسدود لعقدها مع المستثمر بطريقة إنفرادية وبموجب قرار إداري نزعا للملكية و طبقا لنص المادة 2/4 من الاتفاقية الثنائية الجزائرية الايطالية لترقية وحماية الاستثمارات.

أ-الأساس القانوني: حيث قامت المحكمة للإجابة على ذلك بدراسة جميع شروط العقد الموجودة في دفتر الشروط و كذلك نصوص المرسوم التنفيذي رقم 91/434 المؤرخ في 09/11/1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، لاسيما المواد 97 و 98 منه والمادة 2/37 الخاصة باختيار اجراءات التعاقد و وضع دفتر الشروط.(17)

حيث نصت هذه النصوص على:

أن للوكالة الحق في فسخ العقد بطريقة انفرادية في حالة عدم تنفيذ المستثمر أو المتعاقد للالتزامات التعاقدية في الأجل المحدد، وذلك بعد إعداره من قبل الإدارة ومنحه مهلة للوفاء بالتزاماته التعاقدية.

كما يتم فسخ العقد بموجب إتفاق الطرفين وذلك بعد الاتفاق على الأشغال التي تم تنفيذها والأشغال التي لازالت قصد حساب وتقييم الأعمال المنجزة.

كما يمكن أن يكون الفسخ بقوة القانون في حالة إفلاس المقاول أو المتعاقد دون منحه التعويض.

أما في حالة التسوية القضائية التي لا يسمح فيها للمقاول من مواصلة نشاطه، وفي حالة إتخاذ الإجراءات التحفظية على أمواله وفي انتظار صدور حكم قضائي بشأنه يسمح للإدارة إتخاذ كل الإجراءات المستعجلة بشأن المشروع وذلك على حساب المقاول ونفقاته.

كما رجعت المحكمة لنص المادة 566 من القانون المدني الجزائري(18) والتي تنص أنه:"يمكن لرب العمل أن يتحلل من العقد و يوقف التنفيذ في أي وقت قبل إنتمائه، على أن يعرض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات و ما أنجزه من الأعمال و ما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل "

والذي يمنح للإدارة باعتبارها رب العمل الحق في فسخ العقد في أي وقت شاءت بشرط تعويض المقاول عن جميع ما أنفقه لانجاز الأعمال المتعلقة بالمشروع وعلى كل ما فاته من كسب لو أنه أتم المشروع.

ب-الأساس القضائي: كما فحصت المحكمة أيضا مدى وجود نزع الملكية من زاويتين الأولى من جهة مشروعية قرار الفسخ ذاته، والثانية من جهة انعدام التعويض لصالح المستثمر.

ب-1- من حيث شرعية قرار فسخ الصفقة إنفراديا من الوكالة: فالقانون الجزائري الذي يأخذ حسب المحكمة عن القضاء الإداري الفرنسي، يسمح للشخص المعنوي العام في العقود الإدارية بفسخ العقد إنفراديا وفي أي وقت إذا كان الهدف منه تحقيق مصلحة عامة (Intérêt général) وذلك بعد تعويض المتعاقد الآخر". (19)

فحسب المحكمة فالمادة 566 من القانون المدني الجزائري التي تسمح لرب العمل بفسخ العقد دون الحاجة إلى تسبب ذلك، وتشترط فقط تعويض المقاول، كافية لاعتبار إيداع المدعي (أو المجمع) بحقه المطلق في تنفيذ العقد إيداع غير صحيح، لأن الفسخ من جانب واحد ممكن و جائز حسب نص المادة 566 من القانون المدني السالفة الذكر، وعليه فحق المدعي هو حق نسبي و ليس مطلقا، وأن الدولة الجزائرية إستعملت حقها المشروع في إعادة مناقصة جديدة بخصوص المشروع، و يكفي الدولة الجزائرية أن تقوم بتعويض المستثمر حتى تعتبر محترمة لالتزاماتها القانونية، وعلى هذا الأساس إعتبرت المحكمة أن تمسك المدعي بعدم شرعية نزع الملكية من قبل الوكالة أمر غير مقنع .

ب-2- من حيث التعويض: ان عرض الوكالة التعويض على المجمع في رسالتها بتاريخ 14 أفريل 2001 تاريخ تبليغها بالفسخ تم تأكيده عدة مرات، من خلال محاضر إجتماعات الطرفين والذي لم يفضي لأي إتفاق بسبب رفض المجمع تقديم وثائقه وسجلاته المحاسبية للوكالة وإطلاعها عليها، حيث تبين للمحكمة أن الدولة الجزائرية لم تعارض مبدأ تعويض المجمع لكنها تعارض طريقة حساب التعويض من قبل المجمع وتراه مبالغا فيه، وتعتبره غير موضوعيا، ولهذا السبب طالبت بالسجلات المحاسبية للمجمع لتقييم التعويض على أساس موضوعي.

حيث خلصت المحكمة إلى أن تعويض المجمع هو مقابل لفسخ العقد فقط وليس مقابل لنزع الملكية أو استعمال حق أو تمتع بأي حق من الحقوق الاقتصادية كالحرمان من المداخيل والأرباح لعدم بداية نشاط المشروع أصلاً.

لهذا إعتبرت المحكمة أن قرار الفسخ الانفرادي من قبل الوكالة لا يعد خرقاً للاتفاقية الثنائية لأن الدولة الجزائرية لم تعارض مبدأ تعويض المجمع وأن الأطراف تختلف فقط حول مبلغه، وأن هذا الخلاف لا يشكل في حد ذاته مخالفة للاتفاقية الثنائية، و لهذا السبب رفضت المحكمة إدعاءات المجمع في هذا الشأن و اعتبرتها غير مؤسفة.

المبحث الثاني: مسؤولية الدولة الجزائرية عن عدم توفير معاملة عادلة ومنصفة و أمن للمستثمر:

حيث سنتناول في هذا المبحث عن مدى مسؤولية الدولة الجزائرية عن اخلالها بالتزامين بموجب الاتفاقية الثنائية الجزائرية الايطالية، الأول يتعلق بالمعاملة العادلة والمنصفة والثاني يتعلق بحماية وأمن المستثمر.

المطلب الأول: معاملة المستثمر الايطالي في منظور القرار التحكيمي:

حيث فحصت المحكمة معاملة الدولة الجزائرية للمستثمر الايطالي وإستندت إلى أسس قانونية و أخرى قضائية لمعرفة مدى وجود مخالفة من طرف الدولة الجزائرية لإلتزامها الاتفاقي بتوفير معاملة عادلة ومنصفة للمستثمر الايطالي.

الفرع الأول: الأسس القانونية لمعاملة الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي:

إنطلقت المحكمة من المادة 4 الفقرة 1 و 4 من الاتفاقية الثنائية تحت فصل حماية الاستثمارات الذي جاء فيها : "أن الاستثمارات التي يقوم بها مواطني

والأشخاص المعنوية لكلتا الدولتين تتمتع بحماية وأمن ثابتين تامين، وكاملين بعيدا عن كل إجراء غير مبرر وتمييزي من شأنه أن يعرقل قانونيا أو فعليا تسييرها أو صيانتها أو إستعمالها أو التمتع أو الانتفاع بها أو تصفيتها.."

فالمحكمة ترى أن الاتفاقية الثنائية بين الجزائر وإيطاليا لا تتضمن أي شرط خاص يتعلق بالالتزام منح معاملة عادلة ومنصفة لمستثمر الدولة الأخرى.

غير أن المادة 1/3 من نفس الاتفاقية والتي تتضمن شرط الدولة الأكثر رعاية تنص على: " كل دولة متعاقدة تمنح على إقليمها لمستثمري الدولة الأخرى معاملة لا تقل امتيازاً من المعاملة التي تمنحها لمستثمري الدول الأخرى...."

كما أن الفصل الثاني المتعلق بترقية الاستثمارات جعلت من الشرط الدولة الأكثر رعاية المعيار المعتمد في جميع مظاهر معاملة الاستثمارات سواء تعلق الأمر بالترقية أو الحماية، ولم تحصر المحكمة شرط معاملة الدولة الأكثر رعاية في مجال الترقية والتشجيع فقط .

و رأت أن تطبيق هذا الشرط من شأنه أن يؤدي لاستفادة مستثمري الدولة الإيطالية من إيجابيات الاتفاقيات التي تبرمها الدولة الجزائرية مع الدول الأخرى، وكمثال فالمجمع الإيطالي تمسك بمعاملة عادلة ومنصفة في جميع مراحل إستثماره على غرار مستثمري دولة بلجيكا ودولة لوكسمبورغ بموجب الاتفاقية الثنائية التي أبرمتها هاتين الدولتين مع دولة الجزائر في 24 أفريل 1991 في مادتها 3/1 التي تنص على: " أن كل الاستثمارات المباشرة والغير المباشرة للدول الأطراف تتمتع على أراضي الدولة الطرف الآخر بمعاملة عادلة ومنصفة".

و على أساس شرط الدولة الأكثر رعاية المنصوص عليها في الاتفاقية الثنائية الجزائرية الإيطالية،

و تصريح الدولتين في ذبيحة الاتفاقية الثنائية المؤرخة في 18 ماي 1991 برغبتهما في خلق ظروف ملائمة للاستثمارات لمواطني وشركات الدولتين.

فالمحكمة رأت أنه لا يمكن للدولة المضيفة الادعاء بعدم وجود شرط خاص يمنح معاملة تفضيلية لرعايا الدولة الايطالية عند وجود شرط الدولة الأكثر رعاية في الاتفاقية الجزائرية الايطالية، ووجود معاملة تفضيلية في إتفاقية أخرى أبرمتها الدولة المضيفة مع دولة أخرى، وهو ما أكدته المحكمة في قرار سابق في قضية شركة TECMED -C ضد دولة المكسيك بتاريخ 29 ماي 2003 السالف ذكره.

فالمحكمة لا تركز على مفهوم شخصي لتحديد مفهوم المعاملة العادلة والمنصفة والذي يعتمد بالأساس على المستثمرين، فالنظر في التزام الدولة بتوفير معاملة عادلة و منصفة وفقا للاتفاقية الثنائية لا يكون طبقا للتطلعات الشخصية للمستثمرين، بل قوامها معايير موضوعية لا شخصية، و حيث تتمثل في تصرفات الدولة المضيفة الواضحة والشفافة والغير المتناقضة، والذي توفر مناخا ملائما ومستقر بالشكل الكافي الذي يسمح للمستثمر أن يحتاط بشكل عقلائي و أن يعتمد إستراتيجية تجارية وأن ينفذها في خلال فترة زمنية، وتقتضي هذه المعاملة عدم القيام بأعمال تمييزية وتعسفية في مواجهة المستثمر وأن لا تنحرف في إستعمال السلطة وأن تحترم كل التعهدات التي أخذتها على عاتقها. (20)

الفرع الثاني: الأسس القضائية لتحديد طبيعة معاملة الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي:

من خلال التصرفات المتعددة للدولة المضيفة يمكن التحقق من مدى وجود معاملة عادلة ومنصفة من عدمه.

أمن حيث توفير الدولة الجزائرية الأمن للمجمع الايطالي: إدعاء المجمع الايطالي بعدم توفير الأمن هو بمثابة إخلال بالالتزام بتوفير المعاملة العادلة والمنصفة من قبل الدولة الجزائرية، لكن المحكمة إعتبرت هذا الالتزام هو في الحقيقة إلتزام بوسيلة وليس إلتزام بتحقيق نتيجة، بمعنى أن الدولة المضيفة لا تلتزم بعدم وقوع أي مكروه للمستثمر، بل مفاده أن تتخذ الدولة المضيفة كل ما في قدرتها من الاجراءات والتدابير الضرورية لتقادي وقوع أي ضرر للمستثمر ونشاطه.

بمعنى آخر نفهم أن قيام الدولة بالاجراءات الضرورية والتدابير الاحترازية للوقاية من وقوع مكروه للمستثمر الايطالي يعني وفاء الدولة الجزائرية بإلتزامها الاتفاقي بتوفير معاملة عادلة ومنصفة للمستثمر.

وأن عدم الاستقرار الأمني للدولة الجزائرية في الفترة ما قبل إبرام الصفقة في ديسمبر 1993 ينشأ قرينة قانونية تفترض علم المجمع بالوضع الأمني المحيط بإنجاز المشروع حسب ما تراه المحكمة.

كما أن المحكمة ترى في إتخاذ الدولة الجزائرية إجراءات عملية لتأمين ورشة عمل المجمع، وتمكنها -الدولة الجزائرية - من إثبات ذلك أمام المحكمة، وعدم قدرة المدعية إثبات إستفادة ورشات أخرى بحماية أمنية أكبر من حمايتها يجعل المحكمة تقتنع بأن الدولة الجزائرية لم تخل بإلتزاماتها الدولية بموجب الاتفاقية الثنائية وأن المجمع يتمتع بحماية كافية وبمعاملة عادلة ومنصفة فيما يخص توفير التغطية الأمنية.

ب-من حيث تغيير الدولة الجزائرية طريقة بناء السد: تحت وطأة الترددي الأمني في الفترة التي أبرمت فيها الصفقة مع المجمع تم إلغاء طريقة إستعمال المتفجرات لبناء السد وإستبدالها بطريقة وضع الاسمنت المسلح مباشرة من قبل الوكالة، مما أدى إلى رفضه من البنك الافريقي للتنمية، بسبب اعتبار هذا

الأخير هذا التعديل في المشروع جوهريا، ما وضع الدولة الجزائرية ممثلة في الوكالة أمام خيارين إما إلغاء الصفقة كليا أو إعادة مناقصة جديدة وفقا لهذا التعديل، فإختارت التعديل مع إبلاغ المجمع الايطالي بذلك، هذا الإبلاغ أو إعلام المستثمر إعتبرته المحكمة تعامل شفاف من قبل الدولة الجزائرية، و يضيف على التعديل وصف المعاملة العادلة والمنصفة اتجاه المجمع.

ج- من حيث رفض الدولة الجزائرية لاقتراح تمويل البنك الايطالي لمشروع السد: رفض البنك الافريقي للتنمية لمقترح الاستغناء عن المتعجرات وإستبداله بطريقة أخرى لبناء السد، كان أمرا مفاجئ للطرفين، لكن حسن نية الوكالة الوطنية للسدود بمواصلة التعاون مع المجمع، وتقديم المجمع الايطالي مقترح تمويل المشروع من طرف بنك إيطالي (MCC) بتاريخ 26 أكتوبر 1999، ورفضه من الدولة الجزائرية بعد دراسته من وزارة المالية الجزائرية بتاريخ 18 جويلية 2000، إعتبرته المحكمة تصرفا غير مخالف لاتفاقية الثنائية ولا يعد تصرفا تعسفيا من قبل الدولة المضيفة، و أن للوكالة الحق في دراسة الخيارين أو التمويلين وإختيار الأنسب للدولة الجزائرية.

د- من حيث الإعلان عن مناقصة جديدة من طرف الوكالة الوطنية للسدود: بالنسبة للمجمع الايطالي فأعلان مناقصة جديدة هو بمثابة معاملة غير عادلة ومتعسفة في حقه، غير أن الوكالة تعتبر ذلك تصرفا مشروعاً وغير متعسف، أما بالنسبة للمحكمة فترى في إعلان الوكالة عن مناقصة جديدة بشأن مشروع إنجاز السد، كان بضغط من الجهة الممولة للمشروع أو البنك الإفريقي، كما إعتبرت المحكمة تظمينات الوكالة للمجمع الايطالي وتشجيعه على المشاركة في المناقصة الجديدة، وعدم إعتبار الوكالة مشاركة المجمع بمثابة قبول ضمني لفسخ الصفقة الأولى، وأخذها بعين الاعتبار المجمع في المناقصة الجديدة لقيامه بكل التحضيرات و الدراسات لانجاز المشروع و إنجازه قاعدة الحياة والقيام ببعض الدراسات الأولية في مكان المشروع ، مما يؤكد شفافية تصرفات الوكالة وعدم تعسفها و حسن نيتها.إذ ذلك إعتبرت المحكمة أن قيام الوكالة بإعلان

مناقصة جديدة لا يشكل في حد ذاته مخالفة لالتزامها الدولي بتوفير معاملة عادلة ومنصفة.

و-من حيث التعويض: فالتعويض عندما تفسخ الدولة الجزائرية الصفقة بإرادة منفردة أمر منطقي، لكن تأخرها وبطئها في التعويض هل يشكل في حد ذاته مخالفة لالتزامها الاتفاقي بتوفير معاملة عادلة ومنصفة ؟

فعرض الوكالة التعويض على المجمع الايطالي عند إبلاغها بالفسخ وتأكيد إستعدادها لتعويض المجمع مرارا، إعتبرته المحكمة تصرفا غير تعسفا في حق المجمع، حتى ولو إستغرق تأخر التعويض سنتين من تاريخ أول عرض قدمته للمجمع و إلى غاية رفع المجمع دعواه أمام محكمة التحكيم.

حيث تبين للمحكمة أن حسن نية الوكالة في تعويض المجمع يظهر من خلال طلبها المتكرر من المجمع تسليمها الوثائق والسجلات المحاسبية للقيام بحساب وتقييم التعويض المستحق له، هذه الطلبات التي تم رفضها في كل مرة من طرف المجمع.

وحيث رأت المحكمة أن التأخر في التعويض يعود إلى أسباب موضوعية تتمثل في اختلاف الطرفين حول التكاليف العامة للتحضير للمشروع، ولرصد التجهيزات والمعدات لانجاز المشروع، هذه التكاليف التي لا يمكن تحديدها إلا عن طريق خبير وأن حساب تعويض تفويت فرصة تحقيق الأرباح طبقا للمادة 566 من القانون المدني الجزائري يتطلب مراجعة دفاتر وسجلات محاسبية المجمع، هذه المراجعة التي يعترض عليها المجمع ويرفضها.

لهذه الأسباب والمبررات رأت المحكمة أن الدولة الجزائرية قد تصرفت بشكل شفاف وغير تمييزي وأن التأخر في التعويض لا يعود إلى تماطل الدولة الجزائرية وإنما يعود إلى أسباب موضوعية، جعلت من التأخر مبررا وغير

تعسفا، ولا يجعل من الدولة الجزائرية مخلة بالتزامها الاتفاقي بتوفير معاملة
عادلة ومنصفة.

المطلب الثاني: توفير الأمن والحماية للمستثمر الايطالي في منظور القرار التحكيمي:

يرى المجمع أن عدم توفر الأمن أو غيابه في تلك المناطق بسبب تفشي ظاهرة
الإرهاب وأعمال النهب والتخريب وعدم نجاعة أنظمة الأمن المحلية، يجعل
الدولة الجزائرية مخلة بالتزامها الدولي بتوفير الأمن والحماية للمستثمر
الايطالي، فالوكالة كممثلة عن الدولة ترى أنها أمنت الورشة بشكل كافي وذلك
بإنشائها معسكر لعناصر الجيش الوطني بالقرب من الورشة، وأمنت كل تنقلات
الرعايا الأجانب من وإلى الورشة، واتخذت كل ما في وسعها من أجل تأمين
الورشة وعمالها.

أما المحكمة فرأت نفسها ملزمة أيضا بالتحقق من مدى وجود إخلال الدولة
المضيقة بالالتزام الاتفاقي بتوفير الحماية والأمن للمستثمر الاجنبي وفقا للاتفاقية
الثنائية و باعتباره التزاما دوليا، مستندة في ذلك على أسس قانونية وأخرى
قضائية تناولها فيما يلي.

الفرع الأول: الأسس القانونية:

نصت المادة 1/4 من الاتفاقية الثنائية: " أن الاستثمارات المنجزة من مواطني
والأشخاص المعنوية لدولة من الدول المتعاقدة تتمتع بحماية وأمن ثابت و كامل
وبأن لا تتخذ في مواجهتهم أي إجراء أو تمييز غير مبرر من شأنه أن يعرقل
من الناحية القانونية أو الفعلية تسيير أو صيانة أو استعمال أو تحويل أو تصفية
حق إلا في الحالات التي يقتضيها الحفاظ على النظام العام".

كما نصت المادة 5/4 من الاتفاقية السالفة الذكر على: " أن المواطنين أو الأشخاص المعنوية للدولة المتعاقدة الذين تضرروا جراء حرب أو أي نزاع مسلح أو ثورة، أو حالة الطوارئ فوق إقليم الدولة المتعاقدة يتمتعون بمعاملة لا تقل عن المعاملة التي يتمتع بها مواطنيها أو أشخاصها المعنوية أو المواطنين الذين يتمتعون بشرط الدولة الأكثر رعاية".

وحيث فسرت المحكمة الفقرتين 1 و5 من المادة 4 السالفة الذكر على أنهما وضعتا مستويين من الحماية والأمن حيث جاء في الفقرة الأولى أن الدولة المضيفة تلتزم بتوفير مستوى عال من الحماية وهي الحماية الكاملة والثابتة والشاملة المقررة في الظروف العادية، بينما في الظروف الخاصة المذكورة في الفقرة الخامسة فتلتزم فقط بتوفير المستوى الأدنى من الحماية وهو مستوى حماية وأمن مواطنيها.

حيث اعتبرت المحكمة أن الفقرة 04 جاءت بالمبدأ العام الذي يسري على الدولتين في الظروف العادية، أما الفقرة 05 فجاءت بمستوى الحماية والأمن الأدنى الذي تضمنه الدولة المضيفة، وهو الاستثناء الذي لا يطبق إلا في الظروف الاستثنائية كحالة الحرب والطوارئ والنزاعات المسلحة والثورات... إلخ أو ما يعبر عنه باللاتينية (lex specialis).

الفرع الثاني: تطبيق الأسس القانونية على قضية الحال:

من خلال تحقيق المحكمة في محاضر إجتماعات الطرفين تبين لها أن الوكالة الوطنية للسود و بمجرد توقيعها العقد في جانفي 1994، قامت بالاجتماع مع السلطات المحلية لمعالجة المشاكل الأمنية كتأمين المشروع، كما أن زيارات المجمع الايطالي كانت مؤمنة بأفراد الجيش الوطني، كما أن الوكالة قامت بالاتصال مع المؤسسات المختصة في توفير الأمن، لاسيما المسؤولين العسكريين المتواجدين في الثكنة القريبة من مكان المشروع، و قامت أيضا

بالاتصال بوالي ولاية البويرة لتوفير أفراد الدفاع الذاتي (GLD) لتكوين شركة حراسة و توظيفهم قصد تأمين المشروع هذا المقترح الذي تم قبوله من والي الولاية.

عملية إنشاء شركة حراسة تطلبت إتخاذ عدة إجراءات أخرى لتجسيده كتوفير مناصب مالية لتوظيفهم، والقيام بالتحقيقات الأمنية الفردية في الأشخاص المراد توظيفهم، وطلب الحصول على إذن من وزارة الدفاع لتسليحهم والذي تم مع بداية سنة 1996.

حيث رأت المحكمة أن كل هذه الإجراءات التي إتخذتها الدولة الجزائرية لتوفير الأمن والحماية للمستثمر الأجنبي، و صعوبة الظروف الأمنية الخاصة التي شملت كل أقاليم البلاد، يعفيها من ثقل مسؤولية توفير مستوى عال من الأمن للمستثمرين الأجانب و محاسبتها فقط على ضمان المستوى الأدنى من الأمن و هو توفير الدولة الأمن للأجانب كتوفيره لمواطنيها، هذا المستوى الأدنى من الحماية والأمن المطبق في مثل هذه الظروف الاستثنائية قد نصت عليه الفقرة 5 من المادة 4 السالفة الذكر من الاتفاقية، بل إعتبرت المحكمة توفير الدولة المضيفة لأفراد مسلحين يتولون حراسة المشروع بصفة دائمة إلتزام يفوق مستوى توفير الأمن المضمون لمواطنيها، خاصة وأن منطقة المشروع منطقة وعره ومعزولة يجعل أمر توفير الأمن والحماية فيها أمرا في غاية الصعوبة.

لذلك رأت المحكمة أن الدولة الجزائرية بإعتبارها دولة مضيفة لم تخالف إلتزامها الدولي بموجب الاتفاقية الثنائية، وأنها قامت بالإجراءات والتدابير المعقولة لتوفير الأمن والحماية للمستثمر، وأن معاملة الدولة المضيفة للمجمع الايطالي لم تكن أقل من معاملتها لمواطنيها أو معاملتها لمستثمرين أجانب آخرين في نفس الظروف والصعوبات الأمنية الموجودة في ولاية البويرة مكان تواجد مشروع سد كودية أسردون، وعليه خلصت المحكمة أن الوضعية الأمنية الصعبة التي كانت تسود الدولة الجزائرية بعد إبرام العقد مع المجمع يشكل حالة

خاصة (lex specialis) ينطبق عليها نص المادة 4/5 من الاتفاقية الثنائية، ويعفيها من توفير مستوى عال من الحماية والأمن للمستثمر ويجعلها مطالبة فقط بتوفير الحماية والأمن كمواطنيها وهو المستوى الأدنى من الحماية والأمن التي ضمنته الدولة الجزائرية للمستثمر الأجنبي، هذا الالتزام الذي يعد إلتزام بوسيلة وليس إلتزام بتحقيق نتيجة، يجعل من الدولة الجزائرية مستوفية للالتزام بتوفير الأمن والحماية للمستثمر الايطالي طبقا للاتفاقية الثنائية في هذا المجال.

الخاتمة:

نستخلص مما سبق أن الدولة المضيفة مسؤولة عن حماية المستثمر الأجنبي، هذه المسؤولية التي تخص تصرفاتها وتصرفات أجهزتها وهيئاتها وكل هيئة منحها الدولة المضيفة حق استعمال إمتيازات السلطة العامة، فالحماية تعني إمتناع الدولة المضيفة عن القيام بأي إجراء أو تدبير من شأنه نزع ملكية المستثمر بصورة مباشرة أو غير مباشرة.

كما أن فسخ الدولة لصفقة ما مع المستثمر الأجنبي بإرادتها المنفردة لا يعني بالضرورة نزعا لملكيته ، فالدولة المضيفة لها الحق في نزع الملكية للمستثمر إذا كان الغرض من ذلك تحقيق مصلحة عامة مشروعة بشرط تعويضه تعويضا عادلا وسريعا، وأن التأخر في تعويضه لا يعد في حد ذاته مخالفة للالتزام بتوفير معاملة عادلة ومنصفة إذا كان مبررا بأسباب وجيهة وموضوعية.

كما أن توفير الأمن والحماية الكاملة والثابتة للمستثمر للأجنبي هو إلتزام آخر يقع على عاتق الدولة المضيفة، وهو المستوى العالي من الحماية التي تضمنه الدولة المضيفة في الظروف العادية، وتعفى منه في حالة الظروف الخاصة والاستثنائية كحالة الحروب والنزاعات المسلحة والثورات...إلخ، حيث تلتزم

فقط في مثل هذه الظروف بالحد الأدنى من الحماية والأمن وهو مستوى الحماية
الأدنى الذي لا يقل عن الحماية المضمونة لمواطني الدولة المضيفة.

من التوصيات التي خلصنا إليها في هذا البحث هو ضرورة أن تتبع الدولة
المضيفة في تعاملها مع المستثمرين الأجانب سلوكا شفافا وموضوعيا كقيامها
بإخطار وإبلاغ المستثمر الأجنبي بكل ما من شأنه أن يؤثر أو يغير من مسار
نشاطه الاستثماري، هذا السلوك الشفاف يضمن للدولة المضيفة قرينة قانونية
إيجابية تحسب لها ويجعل تصرفها يتسم بحسن النية مما يعفيها ويقيها من ثقل
المسؤولية أمام المستثمر الأجنبي في حالة نشوب نزاع معه.

قائمة المراجع:

1-Carreau, juillard, Droit international économique, 4ème éd, Paris 1998, P
483.

2-Giardina.A, la legittimita internazionale dell' indennizzo in caso di
nazionalizzazioni in democrazia et diritto, lillich editore, 1971, PP 181-191.

3-هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، مع إشارة خاصة للوسائل المقترحة
لحماية الأموال العربية في الدول العربية، بيروت الدار الجامعية 1981، ص52-53.

-حسن عطية الله، سيادة الدولة النامية على موارد الأرض الطبيعية، دراسة في القانون الدولي
للتنمية الاقتصادية، القاهرة (د، ن)1987، ص 129.

4-[https://www.italaw.com/sites/default/files/case-
documents/ita0224.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0224.pdf).CIRDI.N° : ARB/05/3= Lesi Spa et ASTALDI .S.P.A
C/ République Algérienne Démocratique et Populaire, Le 03 Novembre
2008 consulté le 20/11/2018.

5-وهي اختصار للوكالة الوطنية للسود (A.N.B).

6-قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة تحت رقم 56/83 المؤرخ في 12/12/2001 الوثيقة
رقم: A/RES/56/83.

https://legal.un.org/ilc/texts/9_6.shtml , consulté le 20/10/2018.

7-<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0481.pdf>

Décision sur la compétence du 25 Janvier 2000, Emilio Augustin Maffezzini C. Royaume d'Espagne Aff. CIRDI.ARB/97/7,16 icsid, Rev, 212 (2001) 71-89,consulté le 19/10/2018.

8- <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0225.pdf>

Consortium R.F.C.C. C. Royaume du Maroc CIRDI. décision sur la compétence du 16 Juillet 2001, consulté le 24/11/2019.

9-<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0226.pdf>

sentence arbitrale Consortium R.F.C.C. C. Royaume du Maroc, consulté le 20/11/2019, Aff. CIRDI ARB/00/6 et J.D.I.2007, P 260.

10-Sébastien Manciaux, Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats, Trente années d'activité du CIRDI, Editions du juris classeur, Paris 2004, N° 747, P 572.

11-Carreau juillard, Droit international économique, Cit p, 522.

10-Padelletti.M.L.Nazionalizzazioni nel diritto internazionale, in digesto delle discipline publistiche, vol 10.Torino, 1995, PP5-8.

11-المرسوم الرئاسي رقم 94-01 المؤرخ في 02/01/1994 المصادق على الاتفاقية بين الجزائر وفرنسا حول تشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة والموقعة في الجزائر بتاريخ 13/02/1993 ج ر عدد 01.

12- المرسوم الرئاسي رقم 345-91 المؤرخ في 05/10/1991 المصادق على الاتفاقية الجزائرية الايطالية لتشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة الموقعة في 18/05/1991 عدد ج ر 46.

13-المرسوم الرئاسي رقم 88/95 المؤرخ في 25 مارس 1995 المصادق على الاتفاقية الجزائرية الاسبانية لتشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة والموقعة في 23/1994812 ج ر.

14- <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0074.pdf>,

CIRDI ARB/03/29 Bayandin Insaat Turism ve sanayi A.S.C.Pakistan, Décision sur la compétence du 14/11/2005, consulté le 10/11/2019.CIRDI ARB/02/8, Siemens C. Argentine, sentence du 06/02/2007.

15- <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0380.pdf>, CIRDI ARB/95/3 affaire goetz C.Burendi, Sentence du 10/02/1999, consulté le 26/11/2018.

16- <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0854.pdf>, CIRDI / ARB/ 00/2, Tecnicas Medio ambientales Tecmed, S. A. C. Mexique sentence du 29/05/2003, consulté le 26/11/2018.

17-المرسوم التنفيذي رقم 434/91 المؤرخ في 1991/11/09 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية رقم ج.57.

18- الأمر رقم 58/ 75 و المؤرخ في 1975/11/ 26 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

19-<http://blogdroitadministratif.net/2006/11/20/le-droit-a-la-resiliation-unilaterale-des-contrats-administratifs-a-duree-indeterminee/>, C.E.02/05/1958, Distillerie de Magnac -Laval, Rec. P.246, consulté le 25/11/2018.

20-المرجع السابق ذكره، قرار المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار (CIRDI) بين شركة تاك ماد TECMED ودولة المكسيك.